

# Zur Konkurrenz von *laesio enormis* und Gewährleistung

## Alles beim Alten oder der Anfang vom Ende?

Ist die Sache aufgrund eines Mangels weniger als die Hälfte der Gegenleistung wert, stellt sich die Frage, ob der Übernehmer neben Gewährleistung auch *laesio enormis* geltend machen kann. Während die Frage in der Lehre seit langem umstritten ist, hat die Rsp die Konkurrenz bisher bejaht. Zwei aktuelle Entscheidungen geben nun jedoch Anlass zu Zweifeln, ob der OGH seine bisherige Judikatur aufrechterhält.

Von Severin Kietaihl

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
  1. Problemstellung
  2. Angedeuteter Judikaturwandel?
  3. Anfänglich mangelhafte Speziessache als Gretchenfrage
- B. Die bisherige Position der Rsp
  1. Beseitigung inhaltlich ungerechter Verträge
  2. Historische Interpretation
- C. Verhältnis von *laesio enormis* und Gewährleistung
  1. Systematische Interpretation mit §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB
    - a) Die sogenannte „nachträgliche *laesio enormis*“
    - b) Wertungswiderspruch zwischen § 934 und § 1048 ABGB
  2. Ausstrahlung des GewRÄG 2001
    - a) Konkurrenz unterläuft Primat der Verbesserung
    - b) Vereinheitlichung der Rechtsfolgen bei mangelhafter Leistung als Ziel des GewRÄG 2001
    - c) Nochmalige Parallele zur „nachträglichen *laesio enormis*“
  3. Sofortige Vertragsaufhebung als untypische Rechtsfolge
    - a) Ungerechte Vereinbarung: Vertragsaufhebung als Ziel
    - b) Mangelhafte Leistung: Vertragsaufhebung als ultima ratio
    - c) Vergleich mit dem Irrtumsrecht
- D. Zusammenfassung und Ausblick

## A. Einleitung

### 1. Problemstellung

Das Verhältnis von *laesio enormis* und Gewährleistung hat in der Vergangenheit immer wieder für Diskussionen gesorgt. Stein des Anstoßes ist die Frage, ob § 934 ABGB auch Fälle der mangelbedingten Wertminderung des Vertragsgegenstands erfasst. Keine Zweifel bestehen zunächst darüber, dass die *laesio enormis* bei besonders gravierenden Wertirrtümern zur Anwendung gelangt: Ein alter Bauernkasten (gemeiner Wert: € 4.000,-) wird um € 10.000,- verkauft. Heftig

umstritten ist hingegen, ob sich die Verkürzung über die Hälfte daneben auch aus der Mangelhaftigkeit der Sache ergeben kann:<sup>1)</sup> Der gemeine Wert derartiger Bauernkästen beträgt zwar € 9.000,-, der konkrete Kasten ist allerdings wurmstichig und deshalb bloß € 4.000,- wert. Wurde der Kasten als in gutem Zustand befindlich verkauft, stellt sich die Frage, ob der Käufer statt oder neben Gewährleistung auch *laesio enormis* geltend machen kann. Setzt man den Kaufpreis (€ 10.000,-) in Relation zum Wert der vertraglich vereinbarten (= mangelfreien) Leistung (€ 9.000,-), liegt keine *laesio enormis* vor. Stellt man hingegen auf den Wert der mangelhaften Sache (€ 4.000,-) ab, übersteigt der Kaufpreis den Wert der Gegenleistung um mehr als die Hälfte.

Der Frage der Konkurrenz zwischen den beiden Rechtsinstituten kommt dabei in mehrfacher Hinsicht Bedeutung zu. Der Käufer wäre nicht auf die primären Gewährleistungsbefehle beschränkt, sondern könnte den Vertrag sofort wegen Verkürzung über die Hälfte anfechten.<sup>2)</sup> Aufgrund der unterschiedlich langen Verjährungsfristen kann die Möglichkeit zur Anfechtung wegen *laesio enormis* darüber hinaus relevant sein, wenn die Gewährleistungsfrist bereits abgelaufen ist.<sup>3)</sup> Außerdem kann die *laesio enormis* (§ 935 ABGB) im Unterschied zur Gewährleistung (§ 929 ABGB) auch zwischen Privaten vertraglich nicht ausgeschlossen werden.<sup>4)</sup> →

1) Dafür *Riedler*, Von *laesio enormis*, dinglichen und obligatorisch wirkenden Vertragsaufhebungstatbeständen und Schadenersatzpflichten des Beklagten wegen eigener Prozessfehler des Klägers, JBl 2004, 215 (216ff); *Riedler*, Systemfragen zum Verhältnis von *laesio enormis* und Gewährleistung, JBl 2008, 359ff; *Riedler*, Keine *laesio enormis* nach Gewährleistung? JBl 2009, 467; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) Rz 444; *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008) 171ff; vgl auch *Reischauer*, Zur Konkurrenz von *laesio enormis* und Gewährleistung – media sententia, JBl 2017, 413; dagegen *P. Bydlinski*, Die Stellung der *laesio enormis* im Vertragsrecht, JBl 1983, 410 (415ff); *P. Bydlinski*, *Laesio enormis* und Gewährleistung, RdW 2003, 429ff; *P. Bydlinski*, Anmerkung zu OGH 10 Ob 21/07x, JBl 2007, 652 (654ff); *P. Bydlinski*, Ein letztes (?) Mal: Zum Anwendungsbereich der *Laesio-enormis*-Vorschriften, JBl 2008, 744ff; *Ch. Huber*, Anmerkung zu OGH 10 Ob 21/07x, ZVR 2007, 412 (414); *Klever*, *Laesio enormis* (2019) 191ff.

2) Siehe dazu unten C.2.a).

3) *Reischauer*, JBl 2017, 413 (415).

4) Vgl auch *Reischauer*, JBl 2017, 413 (414). Im Verbrauchergeschäft ist auch das Gewährleistungsrecht zwingend (§ 9 KSchG). Umgekehrt kann zwischen Unternehmern auch die Anfechtung wegen *laesio enormis* ausgeschlossen werden (§ 351 UGB).

ÖJZ 2022/69

§§ 932, 934,  
1048f ABGB

OGH 30. 3. 2021,  
10 Ob 3/21 w;  
27. 5. 2021,  
9 Ob 31/21 f

mangelbedingte  
Wertminderung;  
Verkürzung über  
die Hälfte;  
Vorrang der  
Verbesserung;  
Konkurrenz von  
*laesio enormis*  
und  
Gewährleistung

## 2. Angedeuteter Judikaturwandel?

Der OGH hat das Verhältnis von *laesio enormis* und Gewährleistung zunächst noch bewusst offen gelassen,<sup>5)</sup> sich dann aber in mehreren Folgeentscheidungen für die Konkurrenz ausgesprochen und klargestellt, dass „[d]er Aufhebungsanspruch nach § 934 ABGB [...] auch geltend gemacht werden [kann], wenn die gekaufte Sache (erst) infolge eines Mangels, der für sich auch einen Gewährleistungsanspruch begründen könnte, weniger als die Hälfte des Kaufpreises wert ist.“<sup>6)</sup> 2014 schien der OGH jedoch von seiner bisherigen Rsp wieder abzurücken, indem er betonte, dass sich „[d]as Missverhältnis [...] allein aus dem Vertragsinhalt, genauer aus dem Vergleich der vertraglich vereinbarten Leistungen ergeben [müsse]“<sup>7)</sup> weshalb im Schrifttum bereits das „Ende der Konkurrenz zwischen Gewährleistung und *laesio enormis* bei mangelbedingten Wertminderungen“<sup>8)</sup> in den Raum gestellt wurde. In weiterer Folge kehrte der OGH dann jedoch wieder zu seiner ursprünglichen Rsp zurück und hielt an der Konkurrenz fest.<sup>9)</sup>

Zwei aktuelle Entscheidungen geben nun allerdings erneut Anlass zu Zweifeln, wie es der OGH mit der Konkurrenz von *laesio enormis* und Gewährleistung hält. So hat der 10. Senat jüngst ausgesprochen, dass die *laesio enormis* an ein objektives Wertmissverhältnis anknüpft, „das sich aus dem Vergleich der vertraglich vereinbarten Leistungen ergibt.“<sup>10)</sup> Dieser Ball wurde sogleich vom 9. Senat aufgenommen, der betont, bei Ermittlung des für die *laesio enormis* relevanten Wertverhältnisses sei „nach Lehre und Rechtsprechung vom Geschuldeten auszugehen, das heißt von den vertraglich vereinbarten Leistungen.“<sup>11)</sup>

Einmal mehr stellt sich damit die Frage, ob der OGH hier bewusst die Abkehr von seiner bisherigen Rsp vorbereitet oder es sich bloß um beiläufige Äußerungen handelt, die nichts Weiteres zu bedeuten haben. Der folgende Beitrag nimmt dies zum Anlass, um noch einmal einen Blick auf das Verhältnis der beiden Rechtsinstitute zu werfen.

## 3. Anfänglich mangelhafte Speziessache als Gretchenfrage

Dabei empfiehlt es sich, in einem ersten Schritt jene Fallkonstellationen auszuscheiden, die von vornherein unstrittig sind. So stellt sich das Konkurrenzproblem nur, wenn die Sache bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mangelhaft gewesen ist.<sup>12)</sup> Für später entstandene Mängel kann hingegen jedenfalls nur Gewährleistung verlangt werden, weil die *laesio enormis* auf das Wertverhältnis bei Vertragsschluss abstellt und nachträglich eingetretene Wertveränderungen unberücksichtigt lässt (§ 934 Satz 3 ABGB).<sup>13)</sup>

Aus diesem Grund stellt sich die Frage auch beim Werkvertrag idR nicht, weil die mangelhafte Werkausführung ebenfalls erst nach Vertragsschluss erfolgt.<sup>14)</sup> Dasselbe gilt für Gattungsschulden, wo die Berufung auf § 934 ABGB nur denkbar ist, wenn die gesamte Gattung mangelhaft ist. Sind lediglich einzelne Stücke aus der Gattung beschädigt, tritt das Wertmissverhältnis ebenfalls erst nachträglich ein, wie die Parallele zum Irrtumsrecht (bloßer Irrtum über Zukünftiges)

verdeutlicht.<sup>15)</sup> Im Ergebnis lässt sich das Konkurrenzproblem damit iW auf die bereits anfänglich mangelhafte Speziessache eingrenzen.<sup>16)</sup>

## B. Die bisherige Position der Rsp

### 1. Beseitigung inhaltlich ungerechter Verträge

Der OGH führt für die Konkurrenz iW zwei Argumente ins Treffen. Er beruft sich zunächst auf den Zweck der *laesio enormis*, die dazu dient, „einen inhaltlich ungerechten Vertrag aufhebbar zu machen“.<sup>17)</sup> Dafür sei allein die Differenz zwischen den objektiven Werten von Leistung und Gegenleistung relevant, nicht aber worauf sie beruht. „Sie kann entweder nur auf eine Fehlbewertung der mangelfreien Leistung (Fehleinschätzung des Verkehrswertes) oder auf eine Fehleinschätzung der Beschaffenheit der Sache zurückzuführen sein, die zu einer falschen objektiven Bewertung durch die Partei geführt hat. Für eine Verschiedenbehandlung dieser beiden Fälle besteht kein Grund.“<sup>18)</sup>

Dass sich das anstößige Wertmissverhältnis entweder aus der Höhe der vereinbarten Gegenleistung oder aus der mangelbedingten Wertminderung der Sache ergeben kann, erscheint zwar auf den ersten Blick einleuchtend. Ein inhaltlich ungerechter Vertrag – und nur dagegen will die *laesio enormis* ja auch nach Ansicht des OGH Abhilfe schaffen – liegt allerdings nur in der ersten Variante vor.<sup>19)</sup> Bedenken gegen den Vertragsinhalt können nämlich nur bestehen, wenn bereits die vertraglich vereinbarten Leistungen in ihrem Wert stark voneinander abweichen. Ist die Sache hingegen mangelhaft, hat dies keine Auswirkungen auf den Vertragsinhalt, vertraglich geschuldet ist ja weiterhin die mangelfreie Leistung. Ein an sich unbedenklicher Vertragsinhalt wird also nicht dadurch problematisch, dass die zu leistende Sache mit einem Mangel behaftet ist, mag der Mangel auch schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgelegen haben. Klar ist, dass auch dieses mangelbedingte Wertmissverhältnis Konse-

5) 4 Ob 208/98m; zur älteren Rsp s P. Bydlinski, RdW 2003, 429 (430); Riedler, JBI 2004, 215 (217 f).

6) 7 Ob 251/02s; 10 Ob 21/07x; vgl aber 4 Ob 147/01y.

7) 2 Ob 210/13s; vgl zuvor bereits 4 Ob 147/01y.

8) So der Titel des Beitrags von Flaschker, ecoloex 2015, 943, vgl auch Hödl in Schwimann/Neumayr, ABGB-Taschenkommentar<sup>6</sup> (2020) § 934 ABGB Rz 7.

9) 5 Ob 29/19d; 10 Ob 48/20m.

10) 10 Ob 3/21w.

11) 9 Ob 31/21f unter Verweis auf Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2018) § 934 ABGB Rz 30 und 2 Ob 210/13s sowie 10 Ob 3/21w, also genau auf jene Entscheidungen, in denen sich der OGH von seiner bisherigen Rsp entfernt hat.

12) Riedler, JBI 2004, 215 (216).

13) 4 Ob 208/98m; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,06</sup> § 934 ABGB Rz 7; Permer in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup> (2021) § 934 ABGB Rz 12.

14) Reischauer in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 934 ABGB Rz 166.

15) P. Bydlinski, RdW 2003, 429 (430); Reischauer in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 934 ABGB Rz 165; Riedler, JBI 2004, 215 (219).

16) P. Bydlinski, RdW 2003, 429 (430); Reischauer, JBI 2017, 413 (415).

17) 10 Ob 48/20m; ebenso 10 Ob 21/07x; 9 ObA 28/13b; Welsler/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 444.

18) 10 Ob 21/07x; 10 Ob 48/20m; Welsler/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 444.

19) P. Bydlinski, JBI 2007, 652 (655 f); Klever, Anmerkung zu OGH 10 Ob 3/21, JBI 2021, 662 (666).

quenzen nach sich ziehen muss. Dafür stehen aber andere Rechtsinstitute, wie insb das Gewährleistungsrecht, zur Verfügung.

## 2. Historische Interpretation

Dass § 934 ABGB Schutz vor inhaltlich ungerechten Verträgen bieten soll, spricht also nicht für die Konkurrenz von *laesio enormis* und Gewährleistung. Der OGH stützt sich daneben aber auch noch auf „die überzeugenden Argumente von Riedler“,<sup>20)</sup> der für die Konkurrenz iW historische Erwägungen ins Treffen führt.<sup>21)</sup> Konkret beruft er sich auf eine Passage in den Mat zur 3. Teilnovelle. Angesichts des durch die 3. TN neu eingeführten Wuchertatbestands (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) war zunächst erwogen worden, „das veraltete Institut der Anfechtbarkeit wegen ‚Verletzung über die Hälfte‘“ als überflüssig zu beseitigen.<sup>22)</sup> Diese Überlegungen wurden in weiterer Folge aber mit der Begründung verworfen, die Anfechtung wegen *laesio enormis* biete „[s]ehr häufig [...] das Mittel, Gewährsmängel, deren rechtzeitige Rüge versäumt wurde, geltend zu machen und sehr häufig werde auch künftig der Verletzte dies Mittel, welches nur auf der Behauptung objektiver Ungerechtigkeit der versprochenen Gegenleistung basiere, der Einwendung der ‚Ausbeutung‘ vorziehen, welche den Vorwurf arglistigen strafbaren Handelns des Gegners enthalte.“<sup>23)</sup>

Daraus zieht Riedler den Schluss, dass § 934 ABGB auch im Fall der mangelbedingten Wertminderung anwendbar sein muss, „da ja nach Ansicht der Redaktoren der III. TN im Rahmen der *laesio enormis* auch die Geltendmachung von Gewährsmängeln möglich sein sollte“.<sup>24)</sup> Dieser Schluss liegt zwar nahe, allerdings ist zugleich zu berücksichtigen, dass die Aussage der Redaktoren nicht frei von Widersprüchen ist.<sup>25)</sup> Wenn nämlich im selben Atemzug betont wird, § 934 ABGB basiere auf der objektiven Ungerechtigkeit der versprochenen Gegenleistung, dann dürften mangelbedingte Wertminderungen gerade keine Rolle spielen. Da die Mangelhaftigkeit der Sache keine Auswirkungen auf den Vertragsinhalt hat, kann sie auch nicht zur Ungerechtigkeit der versprochenen Gegenleistung führen.<sup>26)</sup>

Gewichtiger als diese begrifflichen Unstimmigkeiten wiegen freilich die methodischen Bedenken, die sich in diesem Zusammenhang ergeben. Es ist nämlich keineswegs gesichert, dass die Mat zur 3. TN überhaupt zur Auslegung der §§ 934f ABGB herangezogen werden dürfen.<sup>27)</sup> Denn die 3. TN hat die Bestimmungen über die *laesio enormis* letztendlich unberührt gelassen, was aus methodischer Sicht die Frage aufwirft, inwieweit Aussagen in den Mat eines späteren Gesetzes bei der Auslegung einer bereits bestehenden und von diesem Gesetz nicht tangierten Bestimmung berücksichtigt werden dürfen. Jedenfalls die Rsp lehnt das an sich ab und betont, „Gesetzesmaterialien können nur zur Auslegung des Gesetzes, dessen Vorarbeiten sie sind, herangezogen werden. Nicht zulässig ist es, aus den erläuternden Bemerkungen zu einer Regierungsvorlage darauf zu schließen, welche Absicht der Gesetzgeber bei Erlassung eines früheren Gesetzes hatte.“<sup>28)</sup>

## C. Verhältnis von *laesio enormis* und Gewährleistung

Damit bleibt aber nicht mehr viel von den für die Konkurrenz ins Treffen geführten Argumenten übrig. Die Missbilligung inhaltlich ungerechter Verträge spricht nicht für, sondern viel eher gegen die Konkurrenz. Und die Berücksichtigung der in diese Richtung deutenden Aussagen der Redaktoren der 3. TN ist aus methodischer Sicht alles andere als unproblematisch. Selbst wenn man jedoch der Rsp zur Bedeutung „fremder Gesetzesmaterialien“ nicht folgt und den fraglichen Materialien Beachtung schenkt, haben die darin enthaltenen Äußerungen hinter entgegenstehende systematische Erwägungen zurückzutreten.

### 1. Systematische Interpretation mit §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB

a) Die sogenannte „nachträgliche *laesio enormis*“  
Die §§ 934f ABGB weisen nämlich eine auffallende Ähnlichkeit zu zwei leistungsstörungenrechtlichen Bestimmungen auf, die ebenfalls auf die von § 934 ABGB bekannte Häftgrenze Bezug nehmen. Gemeint sind die §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB, die sich mit dem Problem der zufälligen nachträglichen Verschlechterung der Ware beschäftigen.<sup>29)</sup> Führt ein zufälliges Ereignis nach Vertragsschluss nicht zum Untergang, sondern

20) 10 Ob 21/07x.

21) Vgl Riedler, JBI 2004, 215 (218); Riedler, JBI 2008, 359 (360); zuvor bereits SZ 20/3; Gschnitzer in Klang/Gschnitzer, Klang IV/1<sup>2</sup> (1968) 559; s auch Reischauer, JBI 2017, 413 (414).

22) 78 BlgHH 21. Sess 142.

23) 78 BlgHH 21. Sess 142f.

24) Riedler, JBI 2004, 215 (218).

25) Darauf weist bereits Klever, *Laesio enormis* 112 hin.

26) Der Widerspruch lässt sich möglicherweise darauf zurückführen, dass die Redaktoren der 3. TN noch das Gewährleistungskonzept der Stammfassung vor Augen hatten. Danach hatte der Übernehmer aus dem Vertrag keinen Anspruch auf mangelfreie Leistung, die Sache war vielmehr dem Zustand geschuldet, in dem sie sich bei Vertragsschluss befunden hat. Hatte ihr der Übergeber andere Eigenschaften beigelegt, trat neben den vertraglichen Anspruch auf Übergabe der mangelhaften Sache die gewährleistungsrechtliche Haftung für die fehlerhaft abgegebene Erklärung, Klever, *Laesio enormis* 122 ff, 181 f. Bei diesem Verständnis konnten vertraglich geschuldete und tatsächlich erbrachte Leistungen folglich auch im Fall der Mangelhaftigkeit nicht auseinanderfallen. Insofern konnte der anfängliche Mangel ursprünglich tatsächlich auch die Ungerechtigkeit des Vertragsinhalts bewirken. Allerdings war dieses Verständnis spätestens mit dem durch die 3. TN eingeführten Verbesserungsanspruch überholt, weil dadurch ein vertraglicher Anspruch auf mangelfreie Leistung etabliert wurde, F. Bydliński in Klang IV/2<sup>2</sup> (1978) 151 ff; Rabl, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 196f, 201. Ab diesem Zeitpunkt konnte sich die Mangelhaftigkeit dementsprechend auch nicht mehr negativ auf den Vertragsinhalt auswirken. Insofern waren sich die Redaktoren der Tragweite der mit der 3. TN eingeführten Änderungen wohl selbst noch nicht gänzlich bewusst.

27) Abl P. Bydliński, JBI 2008, 744 FN 7; Klever, *Laesio enormis* 182f; aA Reischauer, JBI 2017, 413 (414); Riedler, JBI 2009, 467.

28) RIS-Justiz RS0008771; zust Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> (2014) §§ 6, 7 ABGB Rz 37. Ganz unabhängig davon nimmt die Bedeutung der Materialien mit zunehmendem Alter ab, was nicht zuletzt damit begründet wird, dass bei der Auslegung auch die Wertungen später erlassener Gesetze berücksichtigt werden müssen, F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 577; Hopf, Gesetzesmaterialien und Rechtsanwendung im Zivilrecht, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1051 (1060); Kodek in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 6 ABGB Rz 105; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>6</sup> (1991) 350 ff; zu Letzterem s auch noch unten C. 2.

29) Aufgrund des Verweises des § 1064 ABGB gelten die Regeln der §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB nicht nur für Tausch-, sondern auch für Kaufverträge.

bloß zu einer Beschädigung der geschuldeten Sache, dann stellt sich wie bei der zufälligen nachträglichen Unmöglichkeit die Frage, wer die Gefahr für diese zufällige nachträgliche Verschlechterung zu tragen hat. § 1048 ABGB ordnet diesbezüglich an, dass der Vertrag zerfällt, wenn die Sache vor bedungener Übergabe „zufälliger Weise ganz, oder doch über die Hälfte am Werte zu Grunde gerichtet“ wird. Übersteigt die nachträgliche Wertminderung hingegen nicht die Hälfte, bleibt der Vertrag aufrecht und die Gegenleistung wird angepasst (§ 1049 Satz 1 ABGB). Aufgrund ihrer Ähnlichkeit zu § 934 ABGB werden die §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB nicht umsonst als „nachträgliche *laesio enormis*“ bezeichnet.<sup>30)</sup>

**b) Wertungswiderspruch zwischen § 934 und § 1048 ABGB**

Im Unterschied zur „echten“ *laesio enormis* befassen sich die §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB als leistungsstörungenrechtliche Bestimmungen nun aber ganz unzweifelhaft mit Beschädigungen des Vertragsgegenstands, also mit Umständen, die nach der Übergabe einen Mangel iS des Gewährleistungsrechts darstellen würden.<sup>31)</sup> Daraus lassen sich zugleich Rückschlüsse für die Auslegung des § 934 ABGB ziehen. Versteht man § 934 ABGB nämlich so, dass sich die Verkürzung über die Hälfte nicht nur aus dem Missverhältnis der vertraglich vereinbarten Leistungen, sondern auch aus der schon im Vertragsabschlusszeitpunkt vorliegenden Mangelhaftigkeit der Sache ergeben kann, dann stünden § 934 und § 1048 ABGB in gewissem Widerspruch zueinander: § 934 ABGB enthielte die Wertung, dass eine mangelbedingte Wertminderung über die Hälfte, die erst nach Vertragsabschluss eintritt, nicht zur Vertragsaufhebung berechtigt. In Gegensatz dazu würde der Vertrag nach § 1048 ABGB wegen einer derartigen nachträglichen Verschlechterung vielfach erst recht wieder zerfallen.<sup>32)</sup>

Dieser Widerspruch ließe sich auch nicht durch allfällige Unterschiede auf Rechtsfolgenreite erklären. So ist zum einen nicht gesichert, ob sich aus dem Umstand, dass der Vertrag im Fall der anfänglichen Mangelhaftigkeit nach § 934 ABGB anfechtbar wäre, wohingegen er bei nachträglicher Verschlechterung gem § 1048 ABGB zerfällt, rechtsfolgenreitig überhaupt ein Unterschied ergibt. Ob der Zerfall automatisch eintritt oder eine Rücktrittserklärung voraussetzt, ist nämlich strittig.<sup>33)</sup> Und aus der Ersetzungsbefugnis (§ 934 Satz 2 ABGB), die nur bei anfänglicher Mangelhaftigkeit zustünde, lässt sich ebenfalls nichts gewinnen. Es wäre überhaupt nicht einsichtig, warum derjenige, der eine von Anfang an mangelhafte Sache verkauft, besser gestellt sein sollte als derjenige, der eine völlig intakte Sache verkauft, die sich erst nachträglich (zufällig!) verschlechtert.

Bereits die Zusammenschau mit § 1048 ABGB deutet somit darauf hin, dass § 934 ABGB nur das Missverhältnis der vertraglich vereinbarten Leistungen – eben den inhaltlich ungerechten Vertrag – vor Augen haben kann. Erst dann erklärt sich auch schlüssig, warum nachträgliche Wertveränderungen im Bereich des § 934 ABGB keine Rolle spielen sollen. Es geht eben nur um die künftige Entwicklung der Marktverhältnis-

se, die jede Partei auf ihr eigenes Risiko einzuschätzen hat: Der Anleger soll die gekauften Aktien nicht zurückgeben können, wenn der Aktienkurs nachträglich in den Keller rasselt.

**2. Ausstrahlung des GewRÄG 2001**

**a) Konkurrenz unterläuft Primat der Verbesserung**

Heutzutage haben die §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB weitgehend an Bedeutung verloren. Darauf wird später noch einmal zurückzukommen sein;<sup>34)</sup> an dieser Stelle genügt der Hinweis, dass dies die zuvor angestellten Überlegungen keineswegs überflüssig macht. Sowohl §§ 934f ABGB als auch §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB sind Teil der Stammfassung des ABGB, was nahelegt, dass die mangelbedingte Wertminderung des Vertragsgegenstands schon nach dem ursprünglichen gesetzgeberischen Konzept keinen Anwendungsfall des § 934 ABGB dargestellt hat. Hinzu kommt, dass auch die zwischenzeitig eingetretenen Rechtsänderungen nicht für, sondern ebenfalls gegen die Konkurrenz von *laesio enormis* und Gewährleistung sprechen.

Denn durch die Konkurrenz wird zugleich der mit dem GewRÄG 2001<sup>35)</sup> eingeführte Vorrang der primären Gewährleistungsbehelfe ausgehöhlt.<sup>36)</sup> Ist die Sache aufgrund eines Mangels schon bei Vertragsabschluss weniger als die Hälfte der Gegenleistung wert, könnte nach der bisherigen Ansicht der Rsp über § 934 ABGB sofort die Aufhebung des Vertrags verlangt werden. Das wirft aber die Rangordnung der primären und sekundären Gewährleistungsbehelfe über den Haufen, weil der Vorrang der Verbesserung (§ 932 Abs 2 ABGB) nicht von der Schwere des Mangels abhängt.<sup>37)</sup> Dabei soll der Schuldner die Vertragsaufhebung nicht einmal dadurch verhindern können, dass er den Mangel vor oder nach der Übergabe behebt. Da es für die *laesio enormis* allein auf das Wertverhältnis im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommt und nachträglich eingetretene Wertveränderungen keine Rolle spielen (§ 934 Satz 3 ABGB), soll auch die später vor-

30) Vgl *Perner* in *Schwimmann/Kodek* § 934 ABGB Rz 12.  
 31) Vgl nur *Apathy/Perner* in *Kozioł/P. Bydliński/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> (2020) §§ 1048–1049 ABGB Rz 1; zu den historischen Grundlagen ausf *Rabl*, Gefahrtragung 186 ff.  
 32) Die Ergebnisse sind freilich nicht stets deckungsgleich, weil sich die Hälftegrenze nach § 934 ABGB auf den Wert der Gegenleistung bezieht, während § 1048 ABGB den Wert der Sache vor und nach der Beschädigung miteinander vergleicht. Je stärker der Wert der Gegenleistung vom gemeinen Wert der Sache abweicht und je knapper die Wertminderung eine der Hälftegrenzen übersteigt, desto eher kann es zu Unterschieden kommen. Von derartigen Fallkonstellationen abgesehen würde eine Wertminderung, die sich unter § 934 ABGB subsumieren ließe, aber auch zum Zerfallen nach § 1048 ABGB führen. In all diesen Fällen tritt der Wertungswiderspruch offen zutage.  
 33) Vgl *P. Bydliński* in *KBB* § 1447 ABGB Rz 8.  
 34) Siehe unten c).  
 35) Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2001/48.  
 36) *P. Bydliński*, JBl 2007, 652 (655); vgl auch *Reischauer*, JBl 2017, 413 (417).  
 37) *Ofner* in *Schwimmann/Kodek* § 932 ABGB Rz 1; vgl auch *P. Bydliński*, RdW 2003, 429 (431); nach § 932 Abs 2 Satz 2 ABGB spielt die Schwere des Mangels nur für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit des Aufwands, der für den Übergeber mit der Verbesserung einhergeht, eine Rolle, *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 932 ABGB Rz 32; zum Umstiegsrecht wegen besonders schwerwiegender Mängel gem § 12 Abs 4 Z 1 VGG s FN 47.

genommene Verbesserung das Anfechtungsrecht nicht beseitigen können,<sup>38)</sup> was freilich nicht überzeugt.<sup>39)</sup>

Die Konkurrenz bereitet aber auch bei unbehebba- ren Mängeln Probleme, bei denen von vornherein nur die sekundären Gewährleistungsbehelfe in Betracht kommen. Hier droht die Gefahr, dass die Beschrän- kung des Wandlungsrechts auf nicht bloß geringfügige Mängel (§ 932 Abs 4 ABGB) missachtet wird, weil der Vertrag über § 934 ABGB immer auch dann aufgelöst werden könnte, wenn die mangelbedingte Wertminde- rung zu einer Überschreitung der Hälftegrenze des § 934 ABGB führt. Prima facie könnte man zwar an- nehmen, dass derartige Mängel nie bloß geringfügig sein werden. Das muss aber nicht immer der Fall sein, weil sich das Wertmissverhältnis bei der *laesio enormis* aus der Differenz zur Gegenleistung ergibt. Das hat dann Bedeutung, wenn der vereinbarte Kaufpreis hö- her als der gemeine Wert der Sache ist. In Kombina- tion mit dieser Überzahlung können dann nämlich be- reits entsprechend geringe Mängel ausreichen, um den Wert der mangelhaften Sache unter die Hälfte des Werts der Gegenleistung zu drücken.<sup>40)</sup> Je höher dabei die Überzahlung ist, desto niedriger kann die mangel- bedingte Wertminderung ausfallen, um das für die *laesio enormis* erforderliche Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu erreichen.

Die Befürworter der Konkurrenz sehen in all dem dennoch kein Spannungsverhältnis zu den Wertungen des Gewährleistungsrechts. Der Verweis auf den Vor- rang der Verbesserung wird mit dem recht lapidaren Hinweis vom Tisch gewischt, dass dem Anfechtungs- recht in § 934 ABGB eben kein Verbesserungsversuch vorgeschaltet ist: „Der Hinweis [...] auf den Vorrang der Verbesserung nach neuem Gewährleistungsrecht trägt [...] nicht, da der Gesetzgeber in § 934 ABGB nicht vorgesehen hat, dass der Verkürzende das im Vertrags- abschlusszeitpunkt gegebene Wertmissverhältnis durch nachträgliche Aufwertung (Teilreparatur) außer Kraft setzen kann.“<sup>41)</sup>

Der Gesetzgeber von 1811 konnte dieses Span- nungsverhältnis freilich auch noch gar nicht vorherse- hen, weil der Vorrang der Verbesserung erst knapp 200 Jahre später mit dem GewRÄG 2001 eingeführt wurde. Dass den Wertungen des zeitlich jüngeren Ge- währleistungsrechts für die Auslegung des § 934 ABGB keine Bedeutung zukommt, kann sich folglich allenfalls aus dem GewRÄG 2001 selbst ergeben.

## b) Vereinheitlichung der Rechtsfolgen bei mangelhafter Leistung als Ziel des GewRÄG 2001

Näher zu untersuchen ist deshalb, ob der Vorrang der Verbesserung nach den Vorstellungen des Gesetzge- bers auf den unmittelbaren Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts beschränkt bleiben sollte. Wie sich den Mat entnehmen lässt, war mit dem GewRÄG 2001 zwar bloß eine Reform des Gewährleistungsrechts beabsichtigt, weshalb von weitergehenden Änderun- gen, insb einer Neuregelung des gesamten Leistungs- störungsrechts, abgesehen wurde.<sup>42)</sup> Allein dieser Hin- weis vermag ein Ausstrahlen der den neu eingeführten Regelungen innewohnenden Wertungen auf sachlich gleich gelagerte Fälle außerhalb des Gewährleistungs-

rechts freilich nicht zu verhindern.<sup>43)</sup> Dergleichen war aber ohnehin nicht gewollt. Ganz im Gegenteil, ein we- sentliches Anliegen der Reform war es gerade, dass „[d]ie Rechtsfolgen aus der mangelhaften Leistung [...] einheitlich ausgestaltet werden“.<sup>44)</sup> Ausdruck dieser Be- strebungen ist § 933a ABGB, der im praktisch beson- ders relevanten Fall der Konkurrenz von Gewährlei- stung und Schadenersatz wegen des Mangelschadens verhindert, dass „[d]er Vorrang der Verbesserung [...] ins Leere geh[t], wenn sich der Erwerber [...] auf Scha- denersatzrecht stützen kann, in dem ein solcher Vorrang nicht vorgesehen ist“.<sup>45)</sup>

Wenn der Vorrang der Verbesserung nicht über das Schadenersatzrecht unterlaufen werden darf, dann drängt sich die Frage auf, warum für die *laesio enormis* anderes gelten sollte.<sup>46)</sup> Dies umso mehr, als die An- fechtung wegen Verkürzung über die Hälfte im Unter- schied zum Schadenersatzanspruch wegen des Mangel- schadens ja nicht einmal an zusätzliche Tatbestandsvo- raussetzungen geknüpft ist. Auch dem GewRÄG 2001 selbst lässt sich somit nicht entnehmen, dass der Vor- rang der Verbesserung außerhalb des Gewährlei- stungsrechts keine Rolle spielen sollte. Wie § 933a ABGB verdeutlicht, ist vielmehr das Gegenteil der Fall. Selbst wenn man also die systematische Interpretation mit §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB außer Acht lässt und auf dem Standpunkt steht, dass die Regeln über die *laesio enormis* ursprünglich auch mangelbedingte Wertminderungen im Blick hatten, wäre es spätestens durch das GewRÄG 2001 zu einer materiellen Teilde- rogation der §§ 934f ABGB gekommen.<sup>47)</sup> →

38) 10 Ob 21/07 x; Riedler, JBI 2004, 215 (219); Riedler, JBI 2008, 359 (361 ff); aA P. Bydliński, JBI 2007, 652 (655); P. Bydliński, JBI 2008, 744f; Ch. Huber, ZVR 2007, 412 (414); Perner in Schwimann/Ko- dek<sup>6</sup> § 934 ABGB Rz 11 FN 60; Reischauer, JBI 2017, 413 (416); Wimmer, Wert und Preis 172f. Anderes soll nur gelten, wenn die Ver- besserung dazu führt, dass der Wert der reparierten Sache dem gemeinen Wert entspricht, Riedler, JBI 2008, 359 (363).

39) Siehe dazu noch unten 3.c).

40) Bsp: Eine Sache, deren gemeiner Wert 700 beträgt, wird um 1.000 verkauft. In diesem Fall genügt bereits eine mangelbedingte Wert- minderung von 201, um insgesamt unter die Hälfte des Werts der Gegenleistung zu kommen; vgl auch P. Bydliński, JBI 1983, 410 (416); P. Bydliński, RdW 2003, 429 (431).

41) Riedler, JBI 2004, 215 (219 FN 24); ebenso 10 Ob 21/07 x.

42) ErläutRV 442 BlgNR 21. GP 10.

43) Rabl, Gefahrtragung 228.

44) ErläutRV 442 BlgNR 21. GP 20.

45) ErläutRV 442 BlgNR 21. GP 20; vgl auch Jud, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung (2003) 53 ff.

46) Das unterstreicht auch die Parallelwertung im Irrtumsrecht, s dazu unten 3.c).

47) Da der Vorrang der Verbesserung auf europarechtlichen Vorgaben beruht, hat das Problem auch eine unionsrechtliche Dimension, s bereits Ch. Huber, ZVR 2007, 412 (414). Das Problem der unions- rechtskonformen Auslegung hat sich bislang noch nicht in dieser Schärfe gestellt, weil die alte Verbrauchsgüterkauf-RL, die mit dem GewRÄG 2001 umgesetzt wurde, nur eine Mindestharmonie- sierung verfolgt hat, sodass es zumindest aus europäischer Sicht wohl zulässig gewesen wäre, dem Verbraucher statt der Verbesse- rung die sofortige Vertragsaufhebung zu ermöglichen. Die überwie- gend im neuen VGG umgesetzten Warenkauf-RL und digitale Inhal- te-RL folgen hingegen dem Konzept der Vollharmonisierung, wes- halb der Vorrang der Verbesserung nunmehr auch unionsrechtlich vorgegeben ist. Das gilt zwar nur im Anwendungsbereich des VGG, andere Ergebnisse für Mängel außerhalb des VGG wären aber nicht überzeugend. Das VGG kennt zwar auch den Umstiegsgrund des besonders schwerwiegenden Mangels (§ 12 Abs 4 Z 1, § 20 Abs 4 Z 1 VGG), dieser setzt allerdings einen mit dem Mangel einherge- henden Vertrauensverlust voraus, der dem Verbraucher das Fest- halten am Vertrag unzumutbar macht, ErwGr 52 aE Warenkauf-RL; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> (2022) 199; Zöchling-

**c) Nochmalige Parallele zur „nachträglichen laesio enormis“**

In diesem Zusammenhang lohnt sich auch ein erneuter Blick auf die zuvor angesprochene „nachträgliche laesio enormis“. Für diese hat der OGH nämlich erst kürzlich bestätigt, dass die Wertungen des GewRÄG 2001 auch auf die Phase vor Übergabe ausstrahlen und deshalb eine materielle Derogation der §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB bejaht.<sup>48)</sup>

Dort liegt das Problem allerdings nicht auf Ebene der primären Gewährleistungsbehelfe.<sup>49)</sup> Die starre Hälftegrenze der §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB spießt sich vielmehr mit dem durch das GewRÄG 2001 ebenfalls neu geregelten Verhältnis von Preisminderung und Wandlung. So würden vor der Übergabe andere Kriterien über die Zulässigkeit der Vertragsauflösung entscheiden als nach der Übergabe (Wertminderung um mehr als die Hälfte vs nicht bloß geringfügiger Mangel). Außerdem behält der Gläubiger auch bei Vorliegen eines nicht bloß geringfügigen Mangels das Wahlrecht zwischen Preisminderung und Wandlung und wird nicht – wie bei einer die Hälftegrenze überschreitenden Verschlechterung – mit dem Zerfall des Vertrags zwangsbeglückt. Dieser Wertungswiderspruch lässt sich nur sinnvoll auflösen, wenn die Vertragsaufhebung entgegen §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB auch vor der Übergabe von der Geringfügigkeit des Mangels abhängt und dem Willen des Gläubigers überlassen bleibt.<sup>50)</sup>

Dass den Wertungen des GewRÄG 2001 auch außerhalb des unmittelbaren Gewährleistungsrechts Rechnung zu tragen ist, ist heute also nicht mehr strittig.<sup>51)</sup> Damit lässt sich das Spannungsverhältnis zum Primat der Verbesserung aber auch nicht mehr mit dem Hinweis unter den Teppich kehren, dass das Anfechtungsrecht in § 934 ABGB an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft wird. Wer § 934 ABGB auch auf mangelbedingte Wertminderungen anwenden will, muss vielmehr schlüssig erklären, warum das GewRÄG 2001 zwar den §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB derogiert hat, nicht aber auch dem § 934 ABGB.<sup>52)</sup>

**3. Sofortige Vertragsaufhebung als untypische Rechtsfolge**

Dort, wo die Hälftegrenze ausdrücklich angeordnet ist – bei mangelbedingten Wertminderungen, die nach Vertragsschluss eintreten –, gilt sie mittlerweile also als überholt. Dort, wo es an einer ausdrücklichen Anordnung fehlt – bei anfänglich mangelhaften Sachen –, wird hingegen weiter an ihr festgehalten. Das ist nicht nur ein seltsames Ergebnis, sondern verleiht dem anfänglichen Mangel zugleich einen leistungsstörungsrechtlichen Sonderstatus von zweifelhaftem Wert. Denn die in § 934 ABGB angeordnete Rechtsfolge der sofortigen Vertragsaufhebung steht nicht nur in Widerspruch zu gewährleistungsrechtlichen Wertungen. Dieser Widerspruch ist vielmehr Ausdruck eines viel allgemeineren Problems, nämlich des Umstands, dass das ABGB im Fall des inhaltlich ungerechten Vertrags auf der einen Seite und im Fall der mangelhaften Leistung auf der anderen Seite diametral entgegengesetzte Ziele verfolgt.

**a) Ungerechte Vereinbarung: Vertragsaufhebung als Ziel**

Das wird rasch deutlich, wenn man sich die einzelnen Fälle ungerechter Vereinbarungen vor Augen hält. Mit Blick auf das hier interessierende Wertmissverhältnis von Leistung und Gegenleistung kann sich die Ungerechtigkeit entweder aus dem Ausmaß der Wertdiskrepanz oder aus der Art und Weise des Zustandekommens der Vereinbarung ergeben.<sup>53)</sup> Beide Anknüpfungspunkte verhalten sich dabei in einem beweglichen System zueinander: Je größer das objektive Wertmissverhältnis, desto geringer darf die Beeinträchtigung der Willensbildung beim Vertragsschluss ausfallen und umgekehrt.<sup>54)</sup> So stellt der Irrtum über den Wert der Gegenleistung an sich einen unbeachtlichen Motivirrtum dar, weil die Bewertung des Vertragsgegenstands in die eigene Risikosphäre der jeweiligen Vertragspartei fällt.<sup>55)</sup> Dennoch berechtigten bereits geringfügige Wertirrtümer zur Anfechtung, wenn der Vertrag, wie im Fall der List oder Drohung (§ 870 ABGB), unter besonders bedenklichen Umständen zustande gekommen ist. War die Entscheidungsfreiheit zwar immer noch stark beeinträchtigt, lagen aber keine derart gravierenden Abschlussmängel vor, muss zum Ausgleich eine entsprechend größere Äquivalenzstörung vorliegen.<sup>56)</sup> Hier kommt der Wuchertatbestand ins Spiel, der neben dem auffallenden Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung das Ausbeuten<sup>57)</sup> von Leichtsinns, Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung des Gegenübers verlangt (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB). Beide Tatbestandselemente

*Jud.*, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, GPR 2019, 115 (128). Die Mat zum VGG sehen in diesem Umstiegsgrund das Pendant zu den triftigen, in der Person des Übergabers liegenden Gründen (§ 932 Abs 4 ABGB), ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 27.

48) 6 Ob 97/19m; s zuvor bereits grundlegend *Rabl*, Gefahrtragung 224 ff; vgl auch *Apathy/Perner* in *KBB*<sup>6</sup> §§ 1048–1049 ABGB Rz 3; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> (2014) § 1049 ABGB Rz 1.  
 49) Der Anwendungsbereich der §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB war nämlich schon vor dem GewRÄG 2001 auf unbehebbar Mängel eingeschränkt worden. Grund dafür war der (erst) mit der 3. TN eingeführte gewährleistungsrechtliche Verbesserungsanspruch. Kann der Sachleistungsgläubiger nämlich nach der Übergabe Verbesserung verlangen, kann nichts anderes gelten, wenn er die Sache infolge des Mangels erst gar nicht übernimmt. Bei behebbaren Verschlechterungen kommen deshalb von vornherein nicht die §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB, sondern die Regeln des Verzugs zur Anwendung, *Rabl*, Gefahrtragung 196 ff.  
 50) Siehe *Rabl*, Gefahrtragung 230.  
 51) Im Bereich der §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB sehen das bemerkenswerterweise auch jene so, die im Fall des § 934 ABGB die Wertungen des GewRÄG 2001 für unbeachtlich halten, s *Riedler*, Reformbedarf bei Tausch-, Kauf- und Dienstleistungsverträgen? ÖJZ 2008, 934 (935).  
 52) Vgl auch *Klever*, Laesio enormis 212.  
 53) Vgl nur *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlage des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 106 ff, 153 f; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 159 f.  
 54) *F. Bydlinski*, Privatautonomie 107; *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950) 17 ff; vgl auch *P. Bydlinski*, JBI 1983, 410 (412); *Klever*, Laesio enormis 177 ff.  
 55) *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 871 ABGB Rz 10; vgl auch *Graf*, Vertrag und Vernunft (1997) 80.  
 56) Vgl *Graf*, Vertrag 81.  
 57) Die Rsp lässt dafür zurecht bereits fahrlässiges Ausnützen genügen, RIS-Justiz RS0104129. Aufgrund der im Vergleich zu List und Drohung erhöhten objektiven Elemente können nämlich geringere subjektive Elemente aufseiten des Vertragspartners verlangt werden.

stehen dabei wiederum in einer Wechselbeziehung zu einander, sodass die Äquivalenzstörung umso geringer ausfallen kann, je stärker die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt ist und vice versa.<sup>58)</sup> Am anderen Ende der Skala befindet sich schließlich die *laesio enormis*.<sup>59)</sup> Hier liegt mit der Verkürzung über die Hälfte ein besonders krasses Wertmissverhältnis vor, weshalb das subjektive Element nur noch sehr schwach ausgeprägt sein muss (bloßer Wertirrtum des Verkürzten, § 935 ABGB e contrario).<sup>60)</sup>

Entscheidend ist nun, dass die Rechtsfolge in all diesen Konstellationen dieselbe ist: Liegt eine ungerechte Vereinbarung vor, kann der Verkürzte den gesamten Vertrag beseitigen.<sup>61)</sup> Die *laesio enormis* nimmt dabei eine gewisse Sonderstellung ein, weil der andere Teil die Vertragsaufhebung verhindern kann, indem er von seiner Ersetzungsbefugnis (§ 934 Satz 2 ABGB) Gebrauch macht. Bei näherer Betrachtung ist aber auch das durchaus sachgerecht, weil sich die Missbilligung bei der *laesio enormis* aus dem Inhalt der Vereinbarung und nicht aus dem Verhalten des Vertragspartners ergibt.<sup>62)</sup> Da beim Gegenüber kein dem Wucher, der List oder der Drohung vergleichbarer Verhaltensvorwurf vorliegen muss, ist es dem Verkürzten auch zumutbar, weiter an seinen Vertragspartner gebunden zu bleiben. Die inhaltliche Ungerechtigkeit selbst wird indes auch in diesem Fall zur Gänze beseitigt, weil nicht bloß bis zur Hälfte, sondern bis zum gemeinen Wert aufgezahlt werden muss.<sup>63)</sup>

#### b) Mangelhafte Leistung: Vertragsaufhebung als ultima ratio

Ganz anders stellt sich die Situation hingegen dar, wenn die Vereinbarung selbst unbedenklich ist, aber nicht vertragskonform geleistet wird. Dann wird versucht, den Vertrag nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten.<sup>64)</sup> Der Schuldner erhält eine zweite Chance, die Leistung doch noch ordnungsgemäß zu erbringen (Rücktritt wegen Verzugs nur unter Nachfristsetzung, § 918 Abs 1 ABGB; Vorrang der primären Gewährleistungsbehelfe, § 932 Abs 2 ABGB). Kann keine zweite Chance gewährt werden, weil Verbesserung nicht möglich ist, wird zumindest sichergestellt, dass die Vertragsauflösung in Anbetracht des Mangels nicht unverhältnismäßig ist. Nur wenn der Mangel nicht geringfügig ist, kann gewandelt werden, andernfalls bleibt der Vertrag wiederum aufrecht und die Gegenleistung wird angepasst.<sup>65)</sup>

Während die Beseitigung des Vertragsinhalts bei der ungerechten Vereinbarung also das erklärte Ziel ist, stellt sie bei der mangelhaften Leistung die ultima ratio dar. Der Vertrag soll nach Möglichkeit bestehen bleiben, wodurch dem Schuldner zugleich der Anspruch auf die Gegenleistung und damit auf einen allfälligen Geschäftsgewinn erhalten wird.<sup>66)</sup> Die in § 934 ABGB angeordnete Rechtsfolge der sofortigen Vertragsaufhebung unterstreicht somit auch aus teleologischer Sicht, dass die *laesio enormis* keine Fälle der mangelbedingten Wertminderung vor Augen hat. Sie ist eine für den extremen – und deshalb von der Rechtsordnung nicht mehr tolerierten – Wertirrtum typische, für Fälle der mangelhaften Leistung aber ganz und gar untypische Rechtsfolge. Da in beiden Konstel-

lationen rechtsfolgenseitig genau das entgegengesetzte Ziel angestrebt wird, muss es notgedrungen zu Spannungen kommen, wenn man über beide Fälle denselben Hut der sofortigen Vertragsauflösung nach § 934 ABGB stülpt.

#### c) Vergleich mit dem Irrtumsrecht

Diese Spannungen enden auch nicht im Leistungsstörungenrecht, sondern setzen sich im Irrtumsrecht fort. Bei den hier interessierenden Fällen der anfänglich mangelhaften Speziesschuld liegt aufseiten des Käufers zugleich ein Eigenschaftsirrtrum vor, der unter den Voraussetzungen des § 871 ABGB zur Anfechtung berechtigt.<sup>67)</sup> Auch die *laesio enormis* ist als Wurzelmangel zu qualifizieren,<sup>68)</sup> der eine Nähe zu den Willensmängeln aufweist, weil das Wertmissverhältnis bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen muss und ein Irrtum des Verkürzten vorausgesetzt wird (keine Anfechtung bei Kenntnis des wahren Werts, § 935 ABGB).<sup>69)</sup> Diese Gemeinsamkeiten lassen es angezeigt erscheinen, beim Vergleich der Rechtsfolgen auch irrtrumsrechtliche Wertungen miteinzubeziehen.

Da der Käufer einer schon bei Vertragsschluss mangelhaften Sache einem Eigenschaftsirrtrum unterliegt, stellt sich ähnlich wie bei der *laesio enormis* die Frage, ob der Erwerber über die Irrtrumsanfechtung den gewährleistungsrechtlichen Vorrang der Verbesserung umgehen kann.<sup>70)</sup> Die hA bejaht zwar die Konkurrenz zwischen Irrtrumsanfechtung und Gewährleistung,<sup>71)</sup> begegnet dem Problem aber dadurch, dass der Vertragspartner des Irrenden die Anfechtung durch Klaglosstellung abwehren kann.<sup>72)</sup> Die im Bereich der Irr-

58) Graf in ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 879 ABGB Rz 270.

59) Zur Frage, ob die Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung durch die hier erwähnten Tatbestände abschließend geregelt wird, s Graf in ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 879 ABGB Rz 111 ff.

60) Vgl F. Bydliński, Privatautonomie 103 FN 201; Wilburg, Bewegliches System 20.

61) F. Bydliński, Privatautonomie 108; auch im Fall von List und Drohung kann der Getäuschte oder Bedrohte grundsätzlich nicht mit dem Hinweis auf die Unwesentlichkeit des Willensmangels auf die Vertragsanpassung beschränkt werden, Pletzer in ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 870 ABGB Rz 28; vgl aber Bollenberger/P. Bydliński in KBB<sup>6</sup> § 870 ABGB Rz 7; dazu näher Iro, Versuch eines harmonischen Verständnisses der Bestimmungen über Willensmängel bei Verkehrsgeschäften, JBl 1974, 225 (234f); Koziol, Auflösung des Vertrages wegen listig herbeigeführten unwesentlichen Irrtums? RdW 2008, 4.

62) Ein derartiger Verhaltensvorwurf wird allenfalls vermutet, vgl P. Bydliński, JBl 1983, 410 (418).

63) Vgl P. Bydliński, JBl 1983, 410 (418).

64) Graf, Vertrag 322 ff; Jud, Schadenersatz 55 ff.

65) Das gilt auch vor Übergabe, weil § 932 Abs 4 ABGB dem § 1049 Satz 1 ABGB derogiert, Apathy/Perner in KBB<sup>6</sup> §§ 1048–1049 ABGB Rz 3; s bereits oben 2.c).

66) P. Bydliński, JBl 1983, 410 (414 ff); vgl auch F. Bydliński, System und Prinzipien 182.

67) Zum Gleichlauf von Eigenschaftsirrtrum und Mangelbegriff vgl nur Pletzer in ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 ABGB Rz 23.

68) Ausführlich P. Bydliński, JBl 1983, 410 ff; vgl auch 10 Ob 21/07x; 7 Ob 54/13m; Perner in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 934 ABGB Rz 13.

69) P. Bydliński, JBl 1983, 410 (412); Jud, Schadenersatz 78; Pledler, JBl 2009, 467f; krit Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 934 ABGB Rz 115f.

70) Siehe Jud, Schadenersatz 62 ff.

71) RIS-Justiz RS0014814; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 871 ABGB Rz 35; aA etwa Kerschner, Irrtrumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft (1984) 162 ff, der die Konkurrenz aus diesem Grund auf unbehebbarer Mängel beschränken will.

72) Jud, Schadenersatz 76 ff; Pletzer in ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 871 ABGB Rz 62 ff, 79; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 871 ABGB Rz 35; diff P. Bydliński in KBB<sup>6</sup> § 932 ABGB Rz 24.

tumsanfechtung ganz allgemein anerkannte Klaglosstellung beruht auf dem Gedanken der fehlenden Schutzwürdigkeit des Irrenden, wenn der Anfechtungsgegner das Geschäft ohnehin so gelten lässt, wie es der Irrende gemeint hat, oder wenn die irrtümlich angenommene Sachlage im Nachhinein doch noch eintritt.<sup>73)</sup> Bei der mangelhaften Leistung wird die Klaglosstellung durch die Beseitigung des Mangels erreicht, sodass das leistungsstörungsrechtliche Konzept der zweiten Chance auch nicht über das Irrtumsrecht unterlaufen werden kann.<sup>74)</sup>

All das soll aber wie erwähnt wiederum nicht im Bereich der *laesio enormis* gelten, wo der Vertragspartner des Verkürzten die Aufhebung des Vertrags nicht einmal durch die einwandfreie Verbesserung des Mangels verhindern können soll.<sup>75)</sup> Obwohl in diesem Fall genau das geleistet wird, was vereinbart war, soll der Vertrag angefochten werden können, weil nachträgliche Wertveränderungen gem § 934 Satz 3 ABGB außer Acht zu lassen seien.<sup>76)</sup> Dabei wird freilich nicht berücksichtigt, dass diese Regelung bloß spätere Schwankungen des Marktwerts für unbeachtlich erklären will.<sup>77)</sup> Den unter § 934 ABGB subsumierten Mängeln wird auf diese Weise eine eigentümliche Sonderstellung zuteil, hat sich doch der Vorrang der Verbesserung sonst als äußerst robustes Prinzip erwiesen, dem nicht nur im Leistungsstörungs- und Schadenersatzrecht, sondern auch im Irrtumsrecht Rechnung getragen wird.

Nur in einem einzigen Fall soll die Verbesserung die Aufhebung des Vertrags verhindern können, nämlich dann, wenn die Mangelbeseitigung einer Aufzahlung zum gemeinen Wert gleichkommt (also der Ausübung der *facultas alternativa* gem § 934 Satz 2 ABGB).<sup>78)</sup> Wurde die Sache – wie im Geschäftsverkehr üblich – mit Gewinnspanne verkauft, setzt dies freilich voraus, dass der Verkäufer neben der Beseitigung des Mangels quasi als Strafe auch noch die Differenz zwischen gemeinem Wert und Kaufpreis aufzahlt;<sup>79)</sup> dies, obwohl die *laesio enormis* nicht einmal schuldhaftes Verhalten verlangt. In der Lehre ist diese Auffassung zwar auf breite Ablehnung gestoßen.<sup>80)</sup> Geht man allerdings den ersten Schritt und wendet § 934 ABGB auch auf mangelbedingte Wertminderungen an, ist die Ansicht zumindest konsequent. Denn im Rahmen der nach § 934 ABGB einzig zulässigen Ersetzungsbefugnis genügt es eben nicht, die subjektive Äquivalenz wiederherzustellen. Als Sanktion für die inhaltlich ungerechte Vereinbarung ist vielmehr die objektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung herzustellen. Der Kritik in der Lehre ist freilich dennoch beizupflichten, weil diese Sanktion bei mangelbedingten Wertminderungen unpassend ist.<sup>81)</sup> Es ist allerdings woanders anzusetzen: Dass der Vertrag angefochten werden kann, obwohl der Mangel beseitigt wurde und der Gläubiger genau das erhält, was er erhalten sollte, zeigt besonders plakativ, dass bereits der erste Schritt ein Fehltritt war und die *laesio enormis* auf mangelbedingte Wertminderungen schon gar nicht anwendbar ist.

Damit schließt sich zugleich der Kreis zum Ausgangspunkt der gesamten Problematik, nämlich dem Umstand, dass die anfänglich mangelhafte Leistung

eben keine inhaltliche Ungerechtigkeit des Vertrags bewirkt. Wendet man § 934 ABGB auch auf derartige Fallkonstellationen an, wird rechtsfolgenreich vermengt, was nicht zusammengehört, was zwangsläufig zu den geschilderten Wertungswidersprüchen und Systembrüchen führen muss.

#### D. Zusammenfassung und Ausblick

Im Ergebnis spricht damit wenig für, aber viel gegen die Konkurrenz von *laesio enormis* und Gewährleistung: Dass § 934 ABGB Abhilfe gegen inhaltlich ungerechte Vereinbarungen schaffen soll, ist bei näherer Betrachtung ein weiteres Argument gegen die Konkurrenz, weil sich die Mangelhaftigkeit der Leistung nicht negativ auf den Vertragsinhalt auswirkt. Und die Berücksichtigung der ebenfalls für die Konkurrenz ins Treffen geführten Mat zur 3. TN ist schon aus methodischer Sicht alles andere als unproblematisch. Umgekehrt spricht die systematische Interpretation mit §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB dafür, dass § 934 ABGB von vornherein niemals auf mangelbedingte Wertminderungen anwendbar gewesen ist. Selbst wenn man das ausblendet, wäre es aber spätestens mit dem GewRÄG 2001 zu einer materiellen Derogation des § 934 ABGB gekommen. All das wird auch durch teleologische Erwägungen bestätigt, weil die sofortige Vertragsauflösung zwar eine für ungerechte Vereinbarungen typische, für mangelhafte Leistungen aber überaus untypische Sanktion darstellt. Insofern bleibt zu hoffen, dass in den jüngsten Entscheidungen ein erstes Anzeichen für eine Abkehr von der bisherigen Rsp zu erblicken ist und der OGH die bislang vertretene Konkurrenz von *laesio enormis* und Gewährleistung noch einmal einer Überprüfung unterzieht.

73) RIS-Justiz RS0014907, RS0016244; *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB* § 871 ABGB Rz 22; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek* § 871 ABGB Rz 43.

74) *Jud*, Schadenersatz 78 ff.

75) Siehe oben 2.a); bei unbehebbarren Mängeln besteht zudem wie im Gewährleistungsrecht die Gefahr, dass die Einschränkung der Anfechtung auf wesentliche Irrtümer überspielt wird, weil die Grenze zwischen wesentlichen und unwesentlichen Fehlvorstellungen auf der einen Seite und geringfügigen und nicht geringfügigen Mängeln auf der anderen Seite iW gleich verläuft, *Perner/Spitzer/Kodek*, *Bürgerliches Recht* 201.

76) 10 Ob 21/07 x; *Riedler*, *JB* 2004, 215 (219); *Riedler*, *JB* 2008, 359 (361 ff).

77) Siehe bereits oben 1.b).

78) *Riedler*, *JB* 2008, 359 (363).

79) Bsp: Eine Sache, die mangelfrei 80 wert ist, wird um 100 verkauft. War die Sache infolge eines Mangels schon bei Vertragsschluss tatsächlich nur 30 wert, genügt es nicht, dass der Verkäufer den Mangel beseitigt und dadurch den Wert wieder auf 80 erhöht. Stattdessen müsste er auch noch die Differenz von 20 aufzahlen, s *Riedler*, *JB* 2009, 467 (468).

80) *P. Bydlinski*, *JB* 2007, 652 (655); *P. Bydlinski*, *JB* 2008, 744 f; *Ch. Huber*, *ZVR* 2007, 412 (414); *Perner* in *Schwimmann/Kodek* § 934 ABGB Rz 11 FN 60; *Reischauer*, *JB* 2017, 413 (416); *Winner*, *Wert und Preis* 172 f.

81) Wie sich gezeigt hat, ist im Fall der mangelhaften Leistung die Aufrechterhaltung des Vertrags – und damit die Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz – das oberste Ziel. Nur wenn aufgrund eines massiven Wertirrtums bereits Bedenken gegen den Vertragsinhalt bestehen, ist die sofortige Loslösung vom Vertrag gerechtfertigt, weil der Partner des Verkürzten dann weniger schutzwürdig ist als der Irrende. Er darf eben nicht davon ausgehen, dass jemand ohne Schenkungsabsicht einen derart nachteiligen Vertrag wirklich abschließen wollte.

## → In Kürze

Bei der Ermittlung des für die *laesio enormis* relevanten Wertmissverhältnisses kommt es allein auf den Wert der vertraglich vereinbarten Leistungen an. Ist die Sache hingegen aufgrund eines Mangels weniger als die Hälfte der Gegenleistung wert, kann der Übernehmer nur Gewährleistung geltend machen.

## → Zum Thema

## Über den Autor:

Mag. Severin Kietaihl ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.  
Kontaktadresse: Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1/D3, 1020 Wien.  
E-Mail: severin-philipp.kietaibl@wu.ac.at



# Die Abstammung als Vorfrage im Verlassenschaftsverfahren?

Die Abstammung vom Verstorbenen ist eine grundlegende Voraussetzung für die Einantwortung aufgrund des Erbrechtstitels der gesetzlichen Erbfolge bei Verwandten. In der Regel ist der Erbrechtsnachweis diesbezüglich im Verlassenschaftsverfahren durch Vorlage entsprechender Standesurkunden einfach zu erbringen. Was gilt jedoch, wenn keine solchen Urkunden existieren/auffindbar sind bzw zu Lebzeiten die Abstammung weder festgestellt wurde noch ein Anerkenntnis vorliegt?

Von Philipp Entleitner

## Inhaltsübersicht:

- A. Grundsätzliches
- B. Maßgeblichkeit der rechtlichen oder der biologischen Abstammung?
- C. Erbrechtsnachweis
- D. Ne bis in idem
- E. Die Rechtsprechung
  1. Grundsätzliche Unzulässigkeit der Inzidentfeststellung
  2. Verlassenschaftsverfahren
- F. Die Lehre
- G. Ausnahmen vom Verbot der vorfrageweisen Beurteilung
  1. Nichtanerkennung
  2. Vorliegen von die Abstammung nachweisenden Urkunden
- H. Antragslegitimation zur Einleitung des Verfahrens zur Feststellung der Abstammung während des Verlassenschaftsverfahrens
- I. Resümee

## A. Grundsätzliches

Durch die abstammungsrechtlichen Bestimmungen sollen jeder natürlichen Person zwei rechtliche Elternteile zugewiesen werden, wobei die rechtliche Abstammung nicht zwangsläufig mit der biologischen ident sein muss.<sup>1)</sup> Nach § 140 ABGB entfaltet die Feststellung der Vaterschaft – auch durch Anerkenntnis – Wirkungen gegenüber jedermann. Daraus folgt zum einen eine Bindung von Gerichten und Behörden, andererseits eine Erga-omnes-Wirkung gegenüber anderen Personen. Problematische Konstellationen können sich insb auch im Zusammenhang mit dem Erbrecht ergeben.<sup>2)</sup> In

zahlreichen Fällen erfolgt keine gerichtliche Feststellung der Vaterschaft, weil dafür kein Anlass besteht. Wegen des Grundsatzes der Stetigkeit und Bestandfestigkeit von familienrechtlichen Verhältnissen sind diese – falls überhaupt – nur unter besonderen Voraussetzungen auflösbar. § 140 ABGB positiviert ein abstammungsrechtliches Feststellungs- und Beseitigungsmopol des Gerichts. Das Statusverhältnis besteht solange, bis es auf die gesetzlich vorgesehene Weise beseitigt wird. Es kann sich auch niemand auf das Statusverhältnis berufen, solange es nicht im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen begründet wurde.<sup>3)</sup>

## B. Maßgeblichkeit der rechtlichen oder der biologischen Abstammung?

Das positive Recht geht davon aus, dass rechtliche und biologische Abstammung idR übereinstimmen. So gilt etwa iSd § 144 Abs 1 Z 1 ABGB der Ehemann der Mutter als Vater, weil die Ehegatten zur gegenseitigen Treue verpflichtet sind. Im Abstammungsrecht gibt es aber Fälle, in denen Personen zwar rechtlich als Vater, Mutter oder zweiter Elternteil eines Kindes gelten, das Kind biologisch jedoch nicht von ihnen abstammt. Die **rechtliche Abstammung** ist das Ergebnis einer Subsumtion eines Tatbestands unter eine Rechtsnorm und beantwortet die Frage, wer in rechtlicher Hinsicht Elternteil eines Kindes ist. Die **biologische Abstammung** ist – anders als die rechtliche – eine unveränderbare Tatsache, mittels naturwissenschaftlicher Methoden nach-

## ÖJZ 2022/70

§§ 140, 799  
ABGB;  
§ 292 ZPO

4 Ob 28/21 b;  
8 Ob 49/13 h;  
9 Ob 31/07 k;  
2 Ob 71/17 f

Abstammung;  
Vorfrage;  
Erbrechtsnachweis;  
Nichtanerkennung;  
Inzidentfeststellung

1) Pierer in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht<sup>2</sup> (2020) 233.

2) Spitzer in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 81 Rz 14 (Stand 1. 11. 2013, rdb.at).

3) Pierer in *Deixler-Hübner*, Familienrecht<sup>2</sup> 239.